

TBR 2011/179

# Wijzer met de reiswijzer

Mr. R.D. Luteijn<sup>1</sup>

## 1. Inleiding: alwéér een nieuwe Reiswijzer?

Zoals ook een goed boek regelmatig aan herdruk toe is, zo is ook de nieuwe Reiswijzer er weer! De Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2011 - 'een praktische routebeschrijving voor marktpartijen en overheden' - is sedert begin van dit jaar uit. In dit artikel een beschouwing. Maar bovenal en allereerst de vraag: waarom alwéér een nieuwe Reiswijzer? Sedert 2007 is dit immers alweer de derde versie en de vorige versie - 2009 - is immers ook nog relatief jong.

Welnu, het antwoord is eenvoudig: zowel bij het uitkomen van de Reiswijzer 2007 als de Reiswijzer 2009 bleek deze op het moment van verschijnen al zo goed als achterhaald. In 2007 wees het Hof van Justitie EG juist rond het verschijnen van de Reiswijzer 2007 arrest in de zaak *Roanne/Auroux*.<sup>2</sup> Deze uitspraak leidde vervolgens op aanbestedingsrechtelijk vlak tot een heftige polemiek: was hier nu sprake van een a-typische situatie - namelijk per saldo een werk dat voor rekening en risico van de overheid werd gerealiseerd? - die niet van toepassing was op de 'traditionele' situatie - waarbij voor rekening en risico van de marktpartijen wordt gerealiseerd? Of kon en mocht men juist wel algemene - ook op de 'traditionele' situatie van toepassing zijnde - conclusies uit deze uitspraak trekken? Wat daar ook van was of zij: het gevolg was in ieder geval dat de Reiswijzer 2007 bij verschijning in wezen al achterhaald was.

Zaak derhalve om de zaken bij te spijkeren, hetwelk uiteindelijk resulteerde in de Reiswijzer 2009 waarin de consequenties van *Roanne/Auroux* met de nodige nuances werden uiteengezet.<sup>3</sup> Evenwel - of de duvel er mee speelde: ook de Reiswijzer 2009 werd kort na verschijning (eind 2009) in wezen al weer achterhaald doordat in maart 2010 het Hof van Justitie EG uitspraak deed in de zaak *Müller*.<sup>4</sup> Het nadeel van de uitspraak in *Müller* was - als gezegd - een in zekere zin achterhaalde Reiswijzer.<sup>5</sup> Voordeel

van deze uitspraak was evenwel dat deze, in tegenstelling tot *Roanne*, wél een grote mate van eenduidigheid bood ten aanzien van de vraag onder welke omstandigheden een ontwikkeling binnen dan wel buiten het Europeesrechtelijk aanbestedingskader zou vallen.

Het is met name op dit punt - het Europese aanbestedingsrecht - dat de Reiswijzer 2011 verschilt van de Reiswijzer 2009. Daarnaast heeft men, in vergelijking met de Reiswijzer 2009, 'en passant' de mogelijkheid aangegrepen om enige paragrafen te wijden aan de Crisis- en herstelwet ('Chw') en de Wabo (Wet algemene bepalingen omgevingsrecht). Overigens is de Reiswijzer (zo goed als) identiek aan de Reiswijzer 2009.

## 2. Reiswijzer 2009 versus Reiswijzer 2011

Door de - begrijpelijke - ruime aandacht voor het aanbestedingsrecht en inpassing van enige paragrafen met betrekking tot de Chw en Wabo dreigt de Reiswijzer mogelijk (wat te veel?) te verworden tot een juridisch werkstuk. En dat terwijl de bedoeling toch veeleer leek en lijkt te zijn om tot een op de praktijk georiënteerd handboek te komen.

Als men dan 'en passant' informatie over de Chw en Wabo invoegt, komt bovendien de vraag op hoe ver- of diepgaand men aan die onderwerpen aandacht wil besteden alsmede welke andere met (gebieds)ontwikkeling verband houdende juridische aangelegenheden men overigens nog zou kunnen toevoegen.

Immers, als men spreekt over het juridisch kader van gebiedsontwikkelingen, dan zijn er uiteraard ook nog wel enige andere juridische onderwerpen die veelvuldig voorkomen en aandacht zouden kunnen krijgen. Men denke bijvoorbeeld aan de (personen)vennootschapsrechtelijke aspecten van het fenomeen GEM en daarmee samenhangende overeenkomsten. Daar valt uiteraard ook het nodige - en nuttige - over te zeggen. Idem dito wat betreft

1 Robbert Luteijn is werkzaam onder de naam Lexecon en adviseert met name bedrijven en instellingen in de vastgoedprojectontwikkelingssector.

2 HvJ EG 18 januari 2007 (C-220/05).

3 Hierover o.a. A.A. Boot en R.A. Wuyster in *TBR* 2009/195, p. 976 e.v. ('*Reiswijzer Gebiedsontwikkeling 2009: voor eigen rekening en risico*').

4 HvJ EG 25 maart 2010 (C-451/08).

5 Overigens was en is het niet zo dat vanwege *Müller* de Reiswijzer 2009 volledig 'onderuit ging'. Integendeel: de Reiswijzer 2009 bleek ook na het wijzen van *Müller* nog steeds een tamelijk deugdelijk kader voor 'veilig reizen' te bieden.

allerhande vormen van projectontwikkelingsovereenkomsten. Ook het onderwerp fiscaliteit is zeker niet zonder belang bij gebiedsontwikkeling, omdat de vormgeving van structuren ook - of wellicht met name ook - door fiscaal georiënteerde keuzes wordt bepaald: VpB, BTW, overdrachtsbelasting, integratieheffingen, fiscaal wel en niet bouwrijpe grond, vrijstellingen etc: het zijn allemaal fiscale aspecten die hun rol (kunnen) spelen bij gebiedsontwikkelingen.

Wat mij betreft hadden de paragrafen Chw en Wabo - en daarmee ook de reeds bestaande paragraaf Wro - wel achterwege mogen blijven. Enerzijds omdat de Reiswijzer in mijn beleving vooral praktijk georiënteerd zou moeten zijn met vooral aandacht voor de praktische ins en outs van selectie- en aanbestedingsmodellen. Daar was de Reiswijzer naar mijn mening aanvankelijk voor bedoeld. Maar klaarblijkelijk had 'de praktijk' toch ook behoefte aan informatie op deze aspecten.

Dit klemte temeer nu het samenstel van de ruimtelijke ordeningswetgeving sedert juli 2008 zo ingrijpend is gewijzigd dat deze onderwerpen - Wro (inclusief 'GREX-wet'), Chw en Wabo - nauwelijks vallen samen te vatten in een handvol paragrafen.<sup>6</sup> Wat mij betreft mag de nadruk bij de volgende editie wel (weer) wat meer op de niet-juridische (lees: praktijk georiënteerde) paragrafen liggen. In de huidige Reiswijzer zijn bijna 30 pagina's - van de in totaal 88 pagina's (exclusief bijlagen) - gewijd aan juridisch-inhoudelijk kwesties. En dat is verhoudingsgewijs best 'stevig' voor een 'praktisch' document.

Bovendien: de bespiegelingen over de vraag wanneer wel en niet sprake is van een Europese aanbestedingsverplichting zijn weliswaar bepaald niet zonder belang, maar tegelijkertijd zal de overheid die een ontwikkeling initieert normaliter de keuze voor (een) ontwikkelaar(s) toch wel maken op basis van een op concurrentiestelling gebaseerde selectie. Het '1-op-1' contracteren ter zake ontwikkelingen van enige omvang is uit oogpunt van transparantie, accountability en politieke verantwoording immers niet meer van deze tijd. Dé vastgoedfraude draagt daar ook zijn (bak)steentje aan bij. Bij gebiedsontwikkelingen - die per definitie van majeuze omvang zijn - geldt dit des te meer. Kortom: het is goed te weten wanneer men wel respectievelijk niet binnen de Europese kaders valt, maar de wat grotere ontwikkelingen worden in de regel toch wel via een objectieve, transparante procedure in de markt

gezet, ook indien daar vanuit Europeesrechtelijk perspectief geen noodzaak toe zou bestaan.

### 3. Müller: the end of history?

Terug naar Müller en het aanbestedingsrecht met betrekking tot gebieds- en projectontwikkelingen. Immers, zo'n beetje hét onderwerp dat juridisch Nederland al ruim tien jaar bezig houdt en hét punt in de Reiswijzer dat voor 'ons-juristen' zo'n beetje het meest pregnante onderwerp is.

Zoals reeds werd aangegeven is met de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Müller een belangrijk omslagpunt bereikt in het aanbestedingsrecht. Tot de zaak Müller was er grosso modo wel consensus dat werken met een 'publiek karakter' Europees aanbesteed dienden te worden. Maar publieke en private partijen zaten elkaar echter nog flink in de haren als het ging over de vraag of commerciële projecten (met name woningbouw, maar uiteraard ook kantoren, winkelcentra e.d.) die de ontwikkelaar voor eigen rekening en risico uitvoerde, nu wel of niet Europees aanbesteed dienden te worden. Roanne was daarin, als gezegd, een splijtzwam.

Ter ene zijde werd betoogd dat Roanne a-typisch van aard was - want, zo stelde men, het betrof een op indirecte wijze uitgevoerd overheidsproject waarbij de overheid uiteindelijk alle risico's droeg - zodat men deze uitspraak niet kon toepassen op de 'traditionele' woningbouwsituatie, waarbij juist de ontwikkelaar en niet de overheid de risico's draagt. Ter andere zijde werd betoogd dat Roanne - mede geleid op door de Europese Commissie ingenomen standpunten - wél op de 'traditionele' woningbouwsituatie van toepassing was en dergelijke projecten ook onder het Europese aanbestedingsrecht vielen. Een dergelijke polemiek bevorderde de verstandhouding tussen overheid en marktpartijen niet.

Met Müller lijkt - beter gezegd: is - deze discussie voor een belangrijk deel beslecht. Het is natuurlijk altijd gewaagd om een bepaald moment als 'the end of history' te kenmerken, maar indien men over een periode van circa 10 jaar terugblijkt - beginnend met o.a. Mortiere (2001)<sup>7</sup> en Scala (2001)<sup>8</sup> en zich vervolgens met o.a. de ingebrekestelling Vathorst (maart 2005) - valt thans een tamelijk duidelijk én aan publieke en private kant geaccepteerd kader te benoemen waarbinnen er wél respectievelijk niet Europees aanbesteed behoef te worden. Dat werken met een 'publiek karakter' niet aan het Europees aanbestedingsrecht ontkwamen was hiervoor

6 Interessant punt is overigens dat al deze wijzigingen - beter gezegd: de Wro-wijzigingen van 2008 en de Wabo - tot doel hadden om tot een vereenvoudiging en stroomlijning te komen van de door velen als stroperig, langdurig en complex ervaren ruimtelijke ordeningsprocedures, terwijl juist vanwege deze zich in korte tijd opeengestapelde wetswijzigingen de indruk bestaat dat menigeen door de bomen het bos niet meer ziet. Temeer nu daar ook nog een Chw en (zogenoemde) 'GREX-wet' (als onderdeel van de Wro) zijn die het niet simpeler (lijken te) maken. Er lijkt af en toe enige nostalgie te bestaan naar de tijd van het 'klassieke' artikel 19. En dan staat óók nog de Omgevingswet op stapel (!).

7 Hof Den Haag 31 januari 2001, LJN: AB0451.

8 HvJ EG 12 juli 2001 (C-399/98).

al gemeengoed. Met *Müller* in de hand kan gesteld worden dat de ‘traditionele’ woningbouwsituatie - waarbij de ontwikkelaar voor eigen rekening en risico woningen ontwikkelt en realiseert - niet onder het Europese aanbestedingsrecht behoeft te vallen, mits aan een aantal - goed toepasbare - voorwaarden wordt voldaan.

#### 4. Müller. Gründlich. Pünktlich

Uitgerekend in een Duitse zaak zijn de kaders tamelijk duidelijk zijn neergezet. Over de zaak *Müller* is sedert maart 2010 uiteraard al het nodige gezegd en geschreven.<sup>9</sup> De uitkomsten van *Müller* vindt men praktisch vertaald terug in de Reiswijzer (paragraaf 7.8 e.v.).

Een grondverkoop sec viel sowieso al buiten het bestek van het Europese aanbestedingsrecht. En dat overeenkomsten waarbij de overheid direct of indirect voor een werk betaalt of daarover de beschikking krijgt - normaliter werken met een ‘publiek karakter’ - onder het Europese aanbestedingsrecht vielen, was inmiddels eigenlijk ook wel gemeengoed. Maar hoe het nu zat met de situatie waarbij de overheid gronden verkoopt aan een ontwikkelaar die daar op eigen rekening en risico woningen (althans commercieel vastgoed) realiseert, daarover was, mede in het licht van de ingebrekestelling Vathorst en de dubbelzinnige uitspraak *Roanne/Auroux*, het pleit nog niet beslecht.

Uit *Müller* kan thans worden afgeleid dat niet alleen de grondverkoop sec buiten het bestek van het Europese aanbestedingsrecht valt, maar ook indien naast die grondverkoop door de overheid met de ontwikkelaar (om op die grond voor diens rekening en risico woningen te realiseren) aanvullende contractuele afspraken worden gemaakt, kan de transactie nog steeds heel wel buiten het bestek van het Europese aanbestedingsrecht vallen. Van belang is dan wel (a) dat de overheid geen zogenoemd ‘rechtstreeks economisch belang’ heeft bij de transactie én (b) er geen bouwplicht aan de ontwikkelaar wordt opgelegd én (c) de overheid geen verdergaande eisen oplegt aan de ontwikkelaar dan hetgeen de overheid op grond van het publiekrecht vermag. Van belang is op te merken dat het blijkens de uitspraak om cumulatieve eisen betreft. Anders gezegd: alleen als sprake van een (zogenoemd) rechtstreeks economisch belang voor de overheid én sprake is van een bouwplicht én eisen worden gesteld die verdergaan dan de overheid op basis van het publiekrecht vermag, is de transactie Europees aanbestedingsplichtig. Nog anders gezegd: indien

aan één van deze drie voorwaarden niet wordt voldaan, valt zij, althans zo kan op grond van *Müller* worden beargumenteerd, buiten het bestek van het Europese aanbestedingsrecht.

Dat neemt evenwel niet weg dat alom voorzichtigheid wordt aangeraden door de contractuele afspraken zodanig vorm te geven dat aan géén van deze voorwaarden wordt voldaan. Begrijpelijk. Want bij enig doordenken rijzen natuurlijk ook wel enige nadere vragen ten aanzien van deze drie voorwaarden.

#### 5. Enige gedachten bij Müller

De onder (a) gestelde voorwaarde - het zogenoemde rechtstreeks economisch belang - houdt met name in dat de grondprijs marktconform dient te zijn en dat gewaakt dient te worden voor zogenaamde afroomberegelingen. Immers, dergelijke regelingen impliceren in zekere zin een risicoparticipatie door de overheid in de opstalexplotatie. Het an sich begrijpelijke advies omzichtig om te gaan met dergelijke afroomberegelingen roept vragen op in dit perspectief.

Veelal bedingt de overheid een minimumgrondprijs van de ontwikkelaar op basis van de op dat moment voorliggende exploitaties en marktanalyses. Afspraak is dan veelal dat als de markt zich neerwaarts beweegt, de grondprijs niet wijzigt. Hooguit wenst de overheid nog wat mee te snoepen als de markt zich onvoorzien opwaarts beweegt. Kan men dat als een participatie in het vastgoedrisico bestempelen? In feite behelst reeds iedere grondprijs(afspraken) een ‘risico’. Immers, pas helemaal achteraf als na enige jaren de laatste woning is gebouwd, weet men wat ten tijde van contractering de juiste prijs zou zijn geweest. Moet men dan steevast achteraf residueel gaan rekenen? Ik zou denken dat dát pas écht een risico is.

Ook voorwaarde sub (b) - de bouwplicht - roept wel enige vragen op. Is een aan een voorverkooppercentage gekoppelde - en bijgevolg voorwaardelijke - bouwplicht nu wel of niet een bouwplicht in voor-noemde zin? Waarschijnlijk wel. En is de afspraak, zoals ook thans wordt geadviseerd, om bij niet tijdig bouwen de ontwikkelaar te verplichten de grond - zonder boete - terug te leveren dan wel acceptabel? Het lijkt er op van wel. Dient dan evenwel ook niet geëxpliciteerd te worden dat zulks - teruglevering van de grond - de enige (rechts)remedie is voor de overheid? Immers, er wordt nog wel gedacht dat zolang op een contractuele verplichting geen boete staat, van afdwingbaarheid geen sprake is, althans ontwikkelaar geen risico loopt. Niets is natuurlijk

9 Zie o.a.: A.G. Bregman, *TBR* 2010, p. 603 e.v., ‘Gebiedsontwikkeling en het aanbestedingsrecht na het arrest Müller’. T. van Wijk, *Vastgoedrecht* 2010, p. 33 e.v. ‘Nieuwe uitspraak Hof van Justitie over aanbestedingsrecht en gebiedsontwikkeling!’. M. Fokkema, ‘Gevolgen Müller-arrest voor Reiswijzer en praktijk van de Nederlandse gebiedsontwikkeling’, *Grondzaken in de Praktijk*, 2010, p. 9. e.v. M. Fokkema, ‘Nieuwe reisgids gebiedsontwikkeling’, *column VROM-totaal* 7 april 2011 ([www.vromtotaal.nl](http://www.vromtotaal.nl)). R.D. Luteijn, *Tender Nieuwsbrief* augustus 2010, ‘De zaak Müller’. F. Hobma, *Vastgoedmarkt* juni/juli 2010, p. 34 e.v. ‘Arrest-Müller biedt duidelijkheid over aanbestedingsplicht Europa’.

minder waar. Het niet nakomen van een verplichting kan leiden tot een schadeclaim en ontbinding, maar ook tot een vordering in kort geding waarbij nakoming op straffe van een dwangsom (zeg maar: een boete) wordt gevorderd. Men dient dan ook niet zozeer van een bouwverplichting te spreken met als remedie teruglevering van de grond bij niet tijdig bouwen, maar veel eerder in termen van een geobjectiverde voorwaarde. Kortom: het onderscheid tussen het een en ander is, mits strak geformuleerd, goed te maken, maar het is wel genuanceerd.

Ook het feit dat wordt geadviseerd om in geval van een terugleveringsverplichting (bij niet tijdig bouwen) geen boete te vorderen is in het licht van het voorgaande begrijpelijk, maar tegelijkertijd komen ook te dien aanzien natuurlijk enige vragen op. Als die boete nu het karakter heeft van een op voorhand gefixeerde schade- of kostenvergoeding? Of indien deze een optievergoeding, rentevergoeding of vergoeding van (interne en externe) kosten ten gunste van de overheid omvat - of een combinatie daarvan: is zulks dan wel acceptabel? Dat lijkt een verdedigbare stellingname. Kortom: het steekt toch allemaal (weer tamelijk) nauw.

Ook de sub (c) vermelde omstandigheid dat van overheidswege geen verdergaande eisen mogen worden gesteld dan op grond van het publiekrecht mogelijk is, doet enige wenkbrauw fronsen. Immers, iedere Lidstaat heeft zo zijn eigen publiekrechtelijke instrumentarium dat per land uitermate beperkt, maar ook heel uitgebreid kan zijn. Theoretische consequentie zou dan zijn dat Lidstaat A onverkort zeer vergaande eisen mag stellen aan de voorgenomen ontwikkeling zonder binnen het Europese aanbestedingsrecht te vallen (omdat haar wettelijke instrumentarium nu eenmaal uitermate ruim bemeten is), terwijl Lidstaat B in dat geval wél onder het Europese aanbestedingsrecht zou vallen omdat haar wettelijke instrumentarium zeer beperkt is, waardoor Lidstaat B er bijgevolg niet aan ontkomt diezelfde eisen in de vorm van privaatrechtelijke voorwaarden te gieten. Men zou denken dat zulks - waarbij de vraag of er per Lidstaat wel of niet aanbesteed moet worden gerelateerd is van de omvang het nationale publiekrechtelijk instrumentarium - eigenlijk niet de bedoeling zou mogen zijn (althoewel *Müller* dat wel lijkt te impliceren).

## 6. Müller: cumulatieve eisen en haar gevolgen

Ook zou ik nog op het navolgende willen wijzen. In het 'traditionele' model (bouwkaveluitgifte door overheid) zal de overheid normaliter een marktconforme prijs bedingen voor haar grond. Afroomregelingen komen voor, maar betreft een minderheid van gevallen. Dat gezegd zijnde, zal aan

de voorwaarde dat de overheid in ieder geval (óók) een zogenoemd 'rechtstreeks economisch belang' moet hebben bij een bepaalde transactie - wil sprake kunnen zijn van een Europese aanbestedingsplicht - in het genoemde 'normaal-geval' normaliter dus niet zijn voldaan. Als dat dus het geval is - dat wil zeggen: er is sprake van een marktconforme grondprijs en er geldt geen afroomregeling - dan zou, welbeschouwd, de overheid 'gewoon' een stevige bouwplicht en zeer vergaande eisen aan de te realiseren werken kunnen opleggen zonder onder het Europese aanbestedingsrecht te vallen. Genoemde eisen gelden immers cumulatief en aan de eerste eis - een 'rechtstreeks economisch belang' - is dan immers niet voldaan. Klinkt nogal wies op grond van het voorgaande, maar menigeen zal denken: 'hier wringt misschien toch wel wat'. Ofwel: het advies om aan alle cumulatieve eisen te voldoen is wel begrijpelijk.

Temeer nu in de kwestie *Müller* door het Hof van Justitie geen uitspraak is gedaan over, althans geen overweging is gewijd aan, de (al langer boven de markt hangende) vraag of de omstandigheid dat de ontwikkelaar via verkoop of verhuur van de door hem te realiseren woningen inkomsten van derden (koopsommen of huuropbrengsten) kan verkrijgen, mogelijk als een 'bezwarende titel' kan worden aangemerkt. Of - in de woorden van *Müller* - als een 'rechtstreeks economisch belang'.

Het Hof laat zich hier in *Müller* dus niet over uit en die vraag blijft dus, zo lijkt, 'hangen'. Opmerkelijk is overigens wel dat het Hof in *Müller* diverse voorbeelden aanhaalt van situaties waarbij in haar optiek juist wel sprake is van een 'rechtstreeks economisch belang', maar juist op dit punt geen uitspraak doet, althans daaraan geen overweging wijdt.<sup>10</sup> Het is natuurlijk gewaagd om te stellen, maar in zo'n geval lijkt het er dan eerder op dat het kunnen verkrijgen van inkomsten van derden (koopsom of huuropbrengst) dan géén bezwarende titel (althans: géén rechtstreeks economisch belang) oplevert.

Maar goed: niets is zeker op dit punt. Met name niet gelet op de procedure die de Europese Commissie jegens Nederland heeft geëntameerd in de kwestie *Eindhoven Doornakkers* (zie hierna).

Ook de spiegelbeeldsituatie van het hierboven genoemde geval levert enige bedenkingen op: de overheid verkoopt grond zwaar onder de marktwaarde (thans even abstraherend van staatssteun), evenwel zonder een bouwplicht op te leggen en louter op basis van eisen die haar grondslag in het publiekrecht vinden. Welbeschouwd op grond van voorgaande: niet Europees aanbestedingsplichtig. De genoemde eisen gelden immers cumulatief. Het voelt wat vreemd aan.

Enfin. Er zijn - zo blijkt - natuurlijk altijd een veelheid aan nuances te bedenken, maar per saldo kan

<sup>10</sup> Zie met name de situaties die het Hof aanhaalt in rechtsoverwegingen 50 t/m 55.

gesteld dat Müller voor publieke en private partijen een overzichtelijk en werkbaar handvat verschaft op grond waarvan partijen elkaar niet meer in de haren zouden behoeven te zitten ten aanzien van de vraag wat nu wel en niet onder het Europese aanbestedingsrecht valt. De Reiswijzer spelt dat allemaal heel overzichtelijk uit. En daarmee voldoet de Reiswijzer naar mijn mening ook aan een belangrijk doel, namelijk dat overheid en private partijen een (min of meer) gemeenschappelijke consensus met elkaar hebben over het 'hoe-en-wat' van gebiedsontwikkeling. Of, anders gezegd: dat partijen op voorhand weten waar ze in hoofdzaak met elkaar aan toe zijn en zich gaandeweg een 'standaard' kan ontwikkelen die door beide partijen - overheid en markt - gedragen wordt.

## 7. What else?

Genoeg over het aanbestedingsrecht en Müller. Men zou denken dat de Reiswijzer alleen daar over gaat. Niets is minder waar. Het grootste gedeelte van de Reiswijzer gaat immers over de praktische kant van selecteren en aanbesteden: modellen, varianten, tips, ervaringen, beslisbomen, schema's, strategieën etc. Hier was (en is) de Reiswijzer ook primair voor bedoeld.

Het opzetten van een aanbesteding is immers - niet in de laatste plaats vanwege de weerbarstige aanbestedingsregelgeving - een complexe aangelegenheid, hetgeen temeer aan de orde is bij grootschalige gebiedsontwikkelingen met versnipperde eigendomsverhoudingen.

Aanvankelijk - zeg: gedurende de jaren '90 - kon de overheid nog redelijk zijn eigen gang gaan zonder zich al teveel aan het aanbestedingsrecht gelegen te laten liggen, met name omdat destijds niet geheel duidelijk was tot hoever het aanbestedingsrecht reikte in de context van gebiedsontwikkelingen. Toen die contouren allengs duidelijker werden en steeds duidelijker werd dat grotere en kleinere (gebieds)ontwikkelingen waarschijnlijk niet aan het aanbestedingsrecht ontsnapt, werd de noodzaak steeds groter om een duidelijk kader te scheppen voor overheid en marktpartijen, omdat met de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht ook een 'stuk complexiteit' werd toegevoegd.

'Trial en error', het tijdens de wedstrijd de doelpalen verzetten, contracten voor, tijdens of na gunning wijzigen, het handelen naar bevind van zaken: de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht perkte deze (o zo handige) flexibiliteit stevig in en dwong de overheid bijgevolg om vooraf heel goed na te denken over de wijze van samenwerking, selectie en doel en middelen van de aanbesteding. Het aanbestedingsrecht dwong de overheid in feite om voorafgaand aan de aanbesteding duidelijk te

definiëren 'waar zij naar toe wilde', hoe en met welke middelen. Daar past geen 'trial en error' bij. Uiteraard zou de overheid ook zonder toepassing van het aanbestedingsrecht haar doelstellingen en bijbehorende middelen vooraf strak moeten kunnen definiëren, maar waar de wetgeving niet dwingt, is er altijd de aantrekkelijkheid om van de aanwezige flexibiliteit gebruik te maken en zonodig gaandeweg een traject, afhankelijk van de in dat traject opgedane bevindingen, zaken bij te stellen. Vanuit die optiek voldoet de Reiswijzer zonder meer aan haar doelstelling: het bieden van een praktische routebeschrijving voor overheid en marktpartijen die is ingebed in de aanbestedingsrechtelijke regelgeving met praktische tips, do's en don't's, praktijkervaringen etc. Dit alles moet er aan bijdragen om tot afgewogen en voor beide zijden - overheid en markt - geaccepteerde processen te komen die aan meerdere, elkaar (ten dele) in de weg zittende eisen voldoen, zoals (rechts)zekerheid, duidelijkheid, flexibiliteit, beperking van de transactiekosten, juridische deugdelijkheid en adequate voortgang.

Met de in loop der jaren vergaarde kennis en ervaring is inmiddels een verhoudingsgewijs compact - een 'werkje' van ruim 100 pagina's - document tot stand gekomen dat wordt 'gedragen' door publieke en private partijen.

Wat mij betreft zou er nog wat meer nadruk mogen komen op korte en krachtige lijstjes met 'do's en don't's' als het gaat om selecties en aanbestedingen. Ook wat betreft selectiecriteria en gunningscriteria zou er wat mij betreft nog meer aandacht mogen komen over wat vooral wel en vooral niet te doen. Ook de toepassing van gunningscriteria en de onderlinge weging - een nogal eens onderschat aspect: wiskundige analyses tonen aan hoezeer men hier de mist mee in kan gaan - zou wat mij betreft wat nadere aandacht mogen krijgen in een volgende editie. Vanuit juridische optiek zijn er, zoals ook hiervoor genoemd, nog wel wat onderwerpen aan te dragen die eventueel een paragraaf zouden kunnen verdienen. Vanuit een praktische benadering denk ik dan met name aan contractering of, beter gezegd, aandachtspunten voor de contractering (hetgeen overigens niet gemakkelijk is omdat er zoveel varianten mogelijk zijn).<sup>11</sup>

Als het gaat om de theoretische kant ware eventueel nog te denken aan enige extra aandacht voor onderwerpen als (bijvoorbeeld): gevolgen en risico's van niet naleving van de aanbestedings- en staatssteunregels. Wat betreft staatssteun heeft het uiteindelijke risico altijd bij de private partij gelegen: die wordt, bij overtreding, nu eenmaal geconfronteerd met een (verplichte) terugvordering van onterecht ontvangen gelden. In het aanbestedingsrecht lag aanvankelijk de problematiek van niet naleving van de regels

11 Op p. 54 van de Reiswijzer vindt men wel enige aandachtspunten, evenwel beknopt.

geheel op het bordje van de overheid. Evenwel is daar met de Wira (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden)<sup>12</sup> verandering in gekomen en is ook voor de private partij de niet naleving van de aanbestedingsregelgeving een zaak geworden die hem rechtstreeks(er) regardeert.<sup>13</sup> Verhoudingsgewijs - in vergelijking met het aanbestedingsrecht - komt het onderwerp staatssteunrecht er ook wat bekaaid af met een enkele paragraaf, terwijl staatssteun in velerlei dimensies van invloed kan zijn op gebiedsontwikkelingen en daaraan gereleerde zaken.

Ook de rol van corporaties, universiteiten en instellingen in de zorgsector (ziekenhuizen, GGZ-instellingen etc) wordt niet belicht, terwijl die ook met regelmaat betrokken zijn bij (gebieds)ontwikkelingen.

Dit alles natuurlijk wel op het gevaar af dat een handzaam document dreigt te verworden tot een niet meer te verteren (half-juridische) bijbel natuurlijk. Het moet namelijk vooral een praktisch document blijven, toegankelijk voor de niet-jurist. Juridische handboeken zijn er al genoeg. Kortom:

‘in der Beschränkung’ moet zich uiteindelijk ‘der Meister zeigen’.<sup>14</sup>

## 8. Last but not least

Een spijtige constatering is natuurlijk dat vanwege de crisis het aantal ‘grote’ gebiedsontwikkelingen op dit moment uitermate beperkt is en dit zal op de afzienbare termijn vermoedelijk ook niet wezenlijk veranderen. Feit is evenwel dat de Reiswijzer, althans (grote) delen daar uit, natuurlijk ook zonder meer toepasbaar zijn op verhoudingsgewijs kleinschaliger ontwikkelingen.

Bovenal is het te hopen dat niet op korte termijn een uitspraak van het Hof van Justitie volgt die vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt de zaken - die zich in de afgelopen jaren na de nodige hick-ups met *Müller* tot een werkbaar handvat hebben uitgekristalliseerd - weer overhoop gooit.<sup>15</sup> Gezien de pijplijn aan voorhangende zaken bij het Hof van Justitie EG, ligt dat niet in de rede maar is dat op enige termijn evenwel niet uit te sluiten.<sup>16</sup> In ieder geval lijkt het er op dat deze Reiswijzer een langer leven beschoren zal zijn dan haar twee voorgangers.

12 Enige verwijzing treft men wel aan: p. 55 (naar Richtlijn 2007/66/EG).

13 Vgl. Vzng. Rb. Groningen 10 juni 2006 (LJN: BQ8211).

14 In ieder geval zullen we in de volgende versie (vast wel) tegenkomen: staatssteunbeschikkingen van de Commissie inzake *Mill en St. Hubert* d.d. 14 oktober 2009 en de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 17 juni 2011 (LJN: BQ1677) over de verhouding tussen Bouwbesluit, Woningwet en door de gemeente gestelde eisen (GIW-eisen). En ‘en passant’ wellicht ook de aanbestedingskwesities Rb. Alkmaar d.d. 20 april 2011 (‘Alkmaar’; LJN: BQ2032) en Hof Arnhem d.d. 26 april 2011 (‘Ede’; LJN: BR3090).

15 Recent werd nog met spanning uitgekeken naar de uitspraak in de zogenaamde ‘Valenciaanse’ zaak. Die kwestie betrof de nogal typische wijze van contractering door de Valenciaanse overheid bij urbanisaties. Niet ondenkbaar was dat uit deze uitspraak nog conclusies konden worden getrokken die hun impact zouden hebben op de aanbestedingsverplichting bij (gebieds)ontwikkelingen. Met deze zaak is het echter op formeel-bewijstechnische gronden niets geworden: het Hof van Justitie concludeerde dat de Europese Commissie onvoldoende bewijs had geleverd voor haar stelling dat sprake was van strijdigheid met het Europese aanbestedingsrecht. En daarmee is deze kous voorlopig af. Zou het Hof van Justitie overigens de conclusie van de Advocaat-Generaal hebbe gevolgd (zie name punt 79 t/m 91), dan zou ‘de les uit Müller’ gehandhaafd kunnen blijven. Zie terzake de conclusie van Advocaat-Generaal Jääskinen d.d. 16 september 2010 en de uitspraak van het HvJ EG d.d. 26 mei 2011 (C-306/08). Zie hierover o.a. T. van Wijk, *Vastgoedrecht* 2010, p. 145 e.v. ‘Aanbestedingsplicht bij gebiedsontwikkeling (nog) ver(der) weg’.

16 Tussen de Nederlandse overheid en de Europese Commissie is nog een dispuut gaande met betrekking tot de ontwikkeling in Eindhoven-Doornakkers. Per 3 juni 2010 is besloten Nederland voor het Hof van Justitie te dagen. Het ligt evenwel niet in de rede dat dit op de korte termijn zal leiden tot een uitspraak van het Hof van Justitie (nog los van de vraag hoe de uitspraak zou luiden natuurlijk). Een uitspraak valt vermoedelijk op zijn vroegst in 2012 te verwachten.